

HARMONIZAÇÃO ENTRE A VULNERABILIDADE E A HIPERSUFICIÊNCIA DO CONSUMIDOR

HARMONIZATION BETWEEN CONSUMER VULNERABILITY AND HYPERSUFFICIENCY

FRANCISCO JOSÉ CAHALI

Mestre e Doutor em Direito das Relações Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (, PUC/SP), onde leciona no curso de graduação e de pós- graduação nas disciplinas de Direito Civil, Arbitragem e Mediação, e Direito de Família e Sucessões. Advogado.

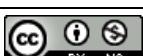
PEDRO LUIZ DE SAMPAIO MOREIRA

Mestrando pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Graduação em Direito pela PUC/SP (2006). Advogado (associado) do Marques Rosado, Toledo Cesar e Carmona Advogados.

RESUMO

O presente artigo tem como objetivo analisar o princípio da vulnerabilidade do consumidor como corolário do princípio constitucional da isonomia, ao ressaltar a sua finalidade de equilibrar as relações entre consumidores e fornecedores. Utiliza-se o método dedutivo, mediante revisão bibliográfica e documental, por meio da leitura de artigos científicos, obras especializadas, dissertações e teses, bem como de legislação pertinente e decisões judiciais sobre o tema. Conclui-se do estudo que é irrefutável o valor fundamental do princípio da vulnerabilidade para a criação e a aplicação do microssistema protetivo do consumidor. Tal princípio, contudo, não pode ser utilizado como uma verdadeira panaceia, sob pena de desequilibrar a balança em prol do consumidor. É necessário, sempre, ater-se à função fundamental e à razão de ser desse princípio: o equilíbrio de desigualdades. A tônica é neutralizar essas desigualdades e não favorecer ou privilegiar uma parte em prejuízo à outra.

Palavras-chave: Princípio da vulnerabilidade; Código do Consumidor; Hipossuficiência; Hipersuficiência.



Administração de Empresas em revista unicuritiba.
Vol. 4, n. 37 | p. 531 - 545 | outubro/dezembro 2024.

Esta obra está licenciada com uma Licença [Creative Commons Atribuição-NãoComercial 4.0](https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/)

ABSTRACT

This article aims to analyze the principle of consumer vulnerability as a corollary of the constitutional principle of isonomy, by emphasizing its purpose of balancing the relations between consumers and suppliers. The deductive method is used, through bibliographic and documentary review, through the reading of scientific articles, specialized works, dissertations and theses, as well as pertinent legislation and judicial decisions on the subject. It is concluded from the study that the fundamental value of the principle of vulnerability for the creation and application of the consumer protection microsystem is irrefutable. Such a principle, however, cannot be used as a true panacea, under penalty of unbalancing the balance in favor of the consumer. It is always necessary to stick to the fundamental function and reason for the existence of this principle: the balance of inequalities. The emphasis is to neutralize these inequalities and not to favor or privilege one party to the detriment of the other.

Keywords: Principle of vulnerability; Consumer Code; Hypo-sufficiency; Hyper-sufficiency.

INTRODUÇÃO

O Pós-positivismo surgiu como uma necessidade de adaptação das leis à velocidade das mudanças impulsionadas pelo desenvolvimento tecnológico e científico da sociedade no século XX, em um movimento de globalização econômica iniciado com Revolução Industrial¹ (LARAIA, 2008, p. 69) .

Diante de uma forte ramificação do Direito que buscou acompanhar os avanços nas diversas áreas do conhecimento, o foco do Pós-positivismo pautou-se na identificação principiológica, com a finalidade de orientar e integrar os diversos microssistemas, cujo objetivo foi trazer efetividade social às normas positivadas pelo ordenamento (FERNANDES; BICALHO, 2011, p. 10)².

¹ “A codificação e a positivação das normas jurídicas, calcadas na crença do poder da lei de ditar os rumos da sociedade e nas pretensões de completude, científicidade e pureza do Direito, impulsionaram a produção legislativa e a compilação em códigos e deram ensejo à formação de sistemas até então inexistentes. Por sua vez, a dinâmica da sociedade industrial e os reclamos do bem-estar social exigiram a produção de normas em ritmo acelerado. Porém, o Positivismo e, com mais ênfase, o Neopositivismo jurídico, isolaram as leis da moral e dos fatos e relegaram a legalidade à lógica da pertinência e da conformação às normas, promovendo o divórcio da realidade”.

² “As principais características desse novo posicionamento teórico podem ser identificadas, em suma, como a) a abertura valorativa do sistema jurídico e, sobretudo, da Constituição; b) tanto princípios quanto regras são considerados normas jurídicas; c) a Constituição passa a ser o locus principal dos



Nesse propósito, ao ordenamento jurídico foram incorporadas normas de abertura do sistema, compostas por um núcleo indeterminado e caracterizadas por proposições abertas (cláusulas gerais, conceitos jurídicos indeterminados e conceitos vagos), permitindo ao aplicador do direito garantir a efetividade social da norma no caso concreto, bem como adaptá-las de modo a evitar o anacronismo legal diante de uma sociedade em constante evolução (CAHALI; RODOVALHO, 2018, p. 2)³.

Por consequência, ocorreu uma transição de protagonismo na atividade jurisdicional, da aplicação literal da lei para uma atuação interpretativa e integrativa em busca de identificar-se a finalidade da norma de modo a garantir a sua efetividade, numa concepção do Direito como instrumento decisório, em abandono do conceito de juiz “boca da lei”.

Em virtude dessa necessidade integrativa e principiológica do ordenamento jurídico, o eixo central do novo Direito privado alterou-se do Código Civil para a Constituição Federal.

Como todo progresso analisado ao longo da história, deve-se, contudo, ter cautela no afã de ampliar a principiologia para que não se abandone a normatividade nem a eticidade, ao enveredar para uma *pamprincipiologia* – fenômeno de criação de princípios sem fundamento legal (STRECK, 2013).

Nesse contexto, o presente artigo propõe-se a analisar o princípio da vulnerabilidade do consumidor como corolário do princípio constitucional da isonomia, ao ressaltar a sua finalidade de equilibrar as relações entre consumidores e fornecedores, com atenção à necessidade de harmonização da relação de consumo como verdadeiro postulado normativo, para que o princípio não seja utilizado para desequilibrar a balança a contrariar a sua razão de ser.

princípios; e d) o aumento da força política do Judiciário em face da constatação de que o intérprete cria norma jurídica”.

³ “[...] num primeiro momento – e aqui se referindo especificamente ao direito privado –, buscou-se atingir esses intentos através de um modelo fechado ou modelo imóvel. Assim o foi com o Código Civil francês [*Code Napoléon*, 1804], que refletia o pensamento da época, buscando todas as respostas apenas na exegese dos textos normativos. Esse modelo foi exitoso por um certo período de tempo, vindo o *Code Napoléon* a influenciar legislações ao redor do mundo, inclusive, em certa medida, o Código Civil brasileiro de 1916.

Contudo, com o passar do tempo, esse modelo hermético mostrou-se insuficiente para a adequada solução dos problemas que surgiam na sociedade moderna, caracterizada por sua hipercomplexidade. Fez-se necessário, então, buscar novos modelos normativos, cujo contraponto ao *Code Napoléon* foi feito cerca de cem anos depois, com o surgimento do Código Civil alemão [*Bürgerliches Gesetzbuch, BGB*, 1900]. Ao contrário do *Code Napoléon*, o *BGB* adotou um modelo permeado por princípios, cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados. Traz, assim, a flexibilização na aplicação do Direito, com base nos parâmetros apresentados”.



Utiliza-se o método dedutivo, mediante revisão bibliográfica e documental, por meio da leitura de artigos científicos, obras especializadas, dissertações e teses, bem como de legislação pertinente e decisões judiciais sobre o tema.

1 O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA ISONOMIA E A RAZÃO DE SER DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

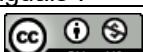
O princípio constitucional da isonomia está estampado no art. 5º, *caput*, da Constituição Federal, entre os direitos e as garantias fundamentais. Não se discute que o princípio magno da igualdade é voltado tanto para o aplicador do Direito, quanto para o legislador. O princípio não preza apenas por uma igualdade formal (perante a lei), mas também por uma igualdade material, que só será alcançada por meio da intervenção do Estado para reequilibrar uma relação intrinsecamente desequilibrada, seja ao impor deveres ao mais fortes, seja ao proteger os mais fracos⁴.

Ao discorrer sobre o conteúdo político-ideológico do princípio da igualdade, Celso Antônio Bandeira de Mello pontua que a lei não pode ser fonte de privilégio nem de perseguições, mas o instrumento regulador do tratamento equitativo de todos os cidadãos. Embora tenha significação quase intuitiva, o princípio traz discussões acirradas diante de sua generalidade assertiva.

Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, a dificuldade de definição do âmbito de aplicabilidade do princípio da igualdade não recai sobre o tratamento equitativo, mas sobre a legitimidade dos fatores de desigualdade utilizados para definir quem são os iguais e os desiguais. Cita-se a máxima aristotélica (ARISTÓTELES, 1991, p. 102)⁵ de que igualdade consiste em tratar igualmente os iguais e

⁴ Como se observa do julgamento do Supremo Tribunal Federal ao reconhecer a inconstitucionalidade de cláusula de contrato de previdência complementar que estabelece valor inferior de benefício a mulheres com base no seu menor tempo de contribuição (STF, RE n. 639.138-RS, Tribunal Pleno, j. 18/08/2020, rel. Min. Edson Fachin).

⁵ “Ora, igualdade implica pelo menos duas coisas. O justo, por conseguinte, deve ser ao mesmo tempo intermediário, igual e relativo (isto é, para certas pessoas). E, como intermediário, deve encontrar-se entre certas coisas (as quais são, respectivamente, maiores e menores); como igual, envolve duas coisas; e, como justo, o é para certas pessoas. O justo, pois, envolve pelo menos quatro termos, porquanto duas são as pessoas para quem ele é de fato justo, e duas são as coisas em que se manifesta — os objetos distribuídos. E a mesma igualdade se observará entre as pessoas e entre as coisas envolvidas; pois a mesma relação que existe entre as segundas (as coisas envolvidas) também existe entre as primeiras. Se não são iguais, não receberão coisas iguais; mas isso é origem de disputas e queixas: ou quando iguais tem e recebem partes desiguais, ou quando desiguais recebem partes iguais”.



desigualmente os desiguais, o que seria insuficiente para entender o conceito de igualdade, a qual pode ser adotada como ponto de partida, mas não como termo de chegada para tal desiderato. Ainda em sua visão, para aferir-se o significado real do princípio deve-se analisar o critério discriminatório, o seu fundamento lógico e a sua correlação com o tratamento jurídico construído em razão da desigualdade proclamada, para verificar se essa correlação está em sintonia com os valores prestigiados pela Constituição.

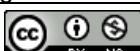
Nesse campo de ideias, é de suma importância para o desenvolvimento das ideias expostas neste estudo a análise da figura do consumidor na Constituição. O sistema normativo constitucional tem um viés protetivo inegável, por trazer entre os direitos e as garantias fundamentais a defesa do consumidor pelo Estado (art. 5º, inciso XXXII) (BRASIL, 1988), e tem por princípio da ordem econômica a defesa do consumidor (art. 170, inciso V) (BRASIL, 1988) e adicionalmente determinou ao Congresso Nacional a elaboração do Código de Defesa do Consumidor (art. 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias), que foi editado dois anos a norma constitucional pela Lei nº 8.078/1990 (BRASIL, 1990).

Assim sendo, é visível como o princípio constitucional da isonomia, transportado para as relações consumeristas, passa a ser materializado e especificado no princípio legal da vulnerabilidade, a seguir tratado, sobre o qual todo o microssistema do Direito do Consumidor é construído, a fim de reequilibrar as forças intrinsecamente desiguais entre o fornecedor e o consumidor⁶.

2 O PRINCÍPIO LEGAL DA VULNERABILIDADE E O MICROSSISTEMA PROTETIVO

Como mencionado anteriormente, o Direito do Consumidor foi construído em torno da noção de vulnerabilidade. Parte-se da premissa de fraqueza ou debilidade do consumidor no âmbito das relações de consumo, diante do monopólio do processo produtivo pelos fornecedores. Não se poderia deixar de lembrar da célebre frase atribuída a Henry Ford, pai da indústria automobilística: “o consumidor é o elo mais

⁶ Tais como, apenas a título exemplificativo: (i) inversão *ope legis* do ônus da prova (arts. 12, § 3º e 14, § 3º do CDC); (ii) teoria menor da desconsideração da personalidade jurídica (art. 28 do CDC); etc.



fraco da economia; e nenhuma corrente pode ser mais forte do que seu elo mais fraco" (FORD *apud* RONAI, 1985).

O CDC traz a vulnerabilidade como princípio da Política Nacional das Relações de Consumo (art. 4, inciso I) (BRASIL, 1990), verdadeira espinha dorsal do microssistema protetivo, em que se justifica o viés protecionista do CDC, conhecido como direito do consumidor e não como direito do consumo, expressão adotada por Antônio Herman Benjamim.

Como analisado anteriormente, a vulnerabilidade é corolário do princípio constitucional da isonomia e extrai a sua legitimidade da situação de vulnerabilidade do consumidor em relação aos fornecedores (fator de desigualdade), como ocupantes da última etapa do processo produtivo (consumo), sendo o tratamento protetivo a forma de equilibrar a sua posição nas relações consumeristas; nota-se que a correlação entre o referido tratamento e o fundamento lógico do *discrimen* coadunam-se com a solidariedade social encampada pela Constituição e suas diretrizes analisadas no princípio da igualdade.

A vulnerabilidade é qualidade ínsita à posição de consumidor, cuja debilidade presume-se de forma absoluta pelo ordenamento a todos os consumidores pessoas naturais, com exceção das pessoas jurídicas quando ocupam essa posição, fundamentando a edição de normas protetivas e orientando a interpretação e a aplicação dessas normas nas relações de consumo.

A vulnerabilidade pode ser dividida em quatro espécies: vulnerabilidade técnica, jurídica, fática e informacional. A vulnerabilidade técnica resulta de uma deficiência de conhecimento especializado do consumidor em relação ao produto ou serviço postos no mercado, o que relega o consumidor exposto a práticas abusivas.

A vulnerabilidade jurídica decorre da falta de informação sobre os seus direitos, inclusive sobre o contrato de consumo, além da dificuldade de acesso à Justiça, sobejadamente considerando a disparidade em relação ao litigante habitual.

A vulnerabilidade fática abrange um número indeterminado de situações em que se reconhece a debilidade do consumidor em relação ao fornecedor, seja em relação à capacidade econômica, seja a situações específicas de ordem biológica, psicológica, social, entre outras.

Por fim, a vulnerabilidade informacional decorre da assimetria na obtenção de informações do produto ou serviço prestados, especialmente ao considerar a



confiança despertada pela publicidade e a sucessibilidade aos apelos das propagandas feitas pelos fornecedores.

Também é possível identificar espécies de vulnerabilidade agravada, como a da criança, do idoso, do não alfabetizado e do enfermo, entre outros, que diante de suas particularidades, apresentam maior suscetibilidade e exposição ante as práticas de mercado, em especial as propagandas abusivas.

De todo modo, essa classificação não parece ser exauriente, sobretudo diante das novas formas de oferta de produtos ou serviços no mercado de consumo digital (comércio eletrônico).

Não obstante, é imperioso questionar a utilidade dessa classificação, ao menos para o consumidor pessoa física, ao considerar a presunção absoluta de vulnerabilidade, o que torna despicienda a identificação de sua espécie no caso concreto; entretanto, deve ser ressalvada a sua utilidade para a análise do enquadramento da pessoa jurídica como consumidora na teoria do finalismo aprofundado. Não basta a pessoa jurídica ser a destinatária final do produto ou serviço para atrair a incidência das normas protetivas do CDC; o Superior Tribunal de Justiça já verberou, ao adotar corrente majoritária que, além do fator prevalecente da destinação final, é necessária, em caráter secundário, a identificação da vulnerabilidade em concreto. Doutrinariamente e em alguns julgados isolados, chegou-se a decidir, ainda que o produto ou serviço sirva-lhe de insumo, a pessoa jurídica, desde que vulnerável, pode sujeitar-se às normas de proteção do CDC. A rigor e, ao que consta, originalmente, dessa proteção cunhou-se a nomenclatura da teoria do finalismo mitigado ou finalismo aprofundado, embora, na prática, a maioria dos julgados sobre o tema exija a presença simultânea dos dois requisitos (prevalecente e secundário).

A crítica deve curvar-se diante da relevância da aludida classificação pelo paralelismo empregado para a identificação das espécies de hipossuficiência e hipersuficiência, que serão abordadas adiante.

Em resumo, a relevância da análise da vulnerabilidade vincula-se, exclusivamente, ao enquadramento de uma dada pessoa no conceito de consumidor, tendo especial importância para as pessoas jurídicas, eis que em relação às pessoas físicas há presunção absoluta nesse sentido, atraindo a incidência desse microssistema protetivo ainda que se este diante da aplicação concomitante de outros microssistemas legais (diálogo das fontes).



3 A DISTINÇÃO ENTRE VULNERABILIDADE E HIPOSSUFICIÊNCIA

Não se pode confundir vulnerabilidade com hipossuficiência. A primeira relaciona-se ao aspecto material do princípio da isonomia; e a segunda ao seu aspecto processual. A hipossuficiência é um agravamento da situação de vulnerabilidade, verdadeira vulnerabilidade qualificada. É um *plus* sobre a vulnerabilidade em uma análise realizada de forma sucessiva.

Nessa senda, em termos gerais, a vulnerabilidade é o pressuposto teórico do conceito de consumidor; a hipossuficiência é o aspecto fático desse princípio na prática. Assim, ao tratar-se de situação de vulnerabilidade agravada, a hipossuficiência não é presumida, ao contrário da vulnerabilidade, e deve ser demonstrada; é inteiramente pertinente a divisão e a análise da classificação em tipos de hipossuficiência, guardado o paralelismo com as modalidades de vulnerabilidade abordadas anteriormente.

Exemplo prático da aplicação desse conceito pode ser encontrado na facilitação da defesa do consumidor por meio da inversão do ônus da prova, que depende da identificação da hipossuficiência do consumidor no caso concreto, por meio de análise judicial ou *ope judicis* (art. 6º., inciso VIII) (BRASIL, 1990). Dessa forma, apesar de um rico proprietário de um veículo de luxo não deixar de ser vulnerável para fins do seu enquadramento como consumidor, é bem possível que ele não possa ser classificado como hipossuficiente para fins de inversão do ônus probatório (por exemplo, para realização de uma perícia), dada a sua avantajada condição econômico-financeira, capaz de suprir eventuais deficiências técnicas e informacionais.

Importa lembrar que, em situações específicas, pela objetivação da responsabilidade do fornecedor pelos fatos dos produtos e dos serviços, o legislador optou pela inversão legal ou *ope legis* do ônus da prova com base na simples condição de consumidor (vulnerabilidade), sem perquirir hipossuficiência.

Outro exemplo prático da aplicação desse conceito pode ser encontrado na instituição da arbitragem no âmbito do CDC. A arbitragem é um dos mais notáveis meios alternativos de solução de conflitos e, atualmente, não se questiona mais o seu caráter jurisdicional. A questão que se impõe é a harmonização do instituto com as



normas protetivas do microssistema consumerista, sobretudo diante da eventual hipossuficiência do consumidor.

O art. 51, inciso VII, do CDC (BRASIL, 1990), dispõe que são nulas de pleno direito as cláusulas que determinem a utilização compulsória de arbitragem. A Lei nº. 9.307/1996 (BRASIL, 1996) trouxe ampla discussão sobre a derrogação dessa vedação; contudo, tal discussão, por vezes com uma visão retrógrada do instituto da Arbitragem – que questiona a sua constitucionalidade – restou superada.

Atualmente, o entendimento que prevalece⁷ é no sentido de que o CDC permite a realização do compromisso arbitral, mas não a estipulação da cláusula arbitral. Os dois institutos distinguem-se no compromisso que é realizado após instaurado o litígio e a cláusula, antes⁸. Numa visão questionável, entende-se que, como a cláusula arbitral é o compromisso de se instituir futuramente uma arbitragem caso instaurado um conflito, ela seria uma forma de utilização compulsória da arbitragem; contudo, essa orientação mostra-se equivocada.

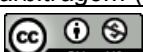
Ora, a compulsoriedade vedada pelo microssistema consumerista não é incompatível, primordialmente, com a pactuação da cláusula compromissória. Como a literalidade da lei deixa claro, o que se veda é a compulsoriedade da estipulação, pouco importa se do compromisso arbitral ou da cláusula arbitral. Em conclusão, é perfeitamente possível imaginar a pactuação voluntária da cláusula compromissória. Em outros termos, só é vedada a imposição unilateral da jurisdição arbitral – e é nesse ponto que ganha nova relevância a análise da hipossuficiência do consumidor.

Importa lembrar: a função da vulnerabilidade é atrair a incidência do microssistema protetivo e nada mais, não sendo ela de nenhuma maneira incompatível com a instituição da Arbitragem. Aliás, a rigor, é um princípio da Política Nacional das Relações de Consumo a fixação de mecanismos alternativos de solução de conflitos de consumo e a Arbitragem, sem dúvida, é um desses mecanismos. Por esse motivo a questão deve recair sobre a hipossuficiência.

Trata-se da solução mais técnica e elegante para o problema. Basta entender que, apesar de algum debate, parece tranquila a classificação da convenção de arbitragem como negócio jurídico processual (RODOVALHO, 2016). E como a

⁷ STJ, REsp n. 1.742.547-MG, 3^a Turma, j. 18/06/2019, rel. Min. Nancy Andrighi. No mesmo sentido: STJ, AgInt-AREsp n. 1.786.252-RJ, 4^a Turma, j. 17/05/2021, rel. Min. Antonio Carlos Ferreira.

⁸ Conforme mais aprofundado estudo a respeito da convenção arbitral (Cláusula Compromissória e Compromisso Arbitral), desenvolvido por Francisco José Cahali em capítulo próprio de seu *Curso de arbitragem* (9^a edição, São Paulo, Thomson Reuters Brasil, 2022, Capítulo 6.).



hipossuficiência é, precisamente, ligada ao aspecto processual do princípio da isonomia nas relações de consumo, o reconhecimento de eventual abusividade de uma cláusula contratual bilateral que institua a arbitragem ou um compromisso arbitral deve ser analisada por meio da identificação da existência de hipossuficiência no caso concreto, fazendo uso da classificação abordada.

Com efeito, não há como continuar a admitir a confusão rotineira entre a vulnerabilidade e a hipossuficiência: todo consumidor é vulnerável, mas nem todo consumidor é hipossuficiente. De um lado, se a cláusula arbitral ou o compromisso arbitral são firmados por consumidor hipossuficiente, torna-se lógico presumir compulsoriedade da contratação, que atrai a sanção legal de invalidade (MENEZES CORDEIRO, 2017, p. 837/852)(AMARAL, 2008, p. 532)⁹. De outro, se a cláusula arbitral ou o compromisso arbitral são firmados por consumidor não-hipossuficiente, não é lógico presumir compulsoriedade da contratação nem aplicar a sanção legal de invalidade (CAHALI, 2022, p. 492/493)¹⁰.

4 HIPERSUFICIÊNCIA – E NÃO HIPOSSUFICIÊNCIA – DO CONSUMIDOR: O QUE MUDA?

A hipersuficiência, assim como a hipossuficiência, não é novidade no ordenamento jurídico. Aliás, tal como a hipossuficiência, a hipersuficiência é bem conhecida no Direito do Trabalho. O art. 444, parágrafo único, da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) (BRASIL, 1943) traz esse conceito em relação “ao empregado portador de diploma de nível superior e que e que perceba salário mensal igual ou superior a duas vezes o limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social”(BRASIL, 1943).

⁹ Há quem defenda, *contra legem*, que a nulidade positivada no art. 54, VII, do CDC, deveria ser lida como ineficácia. A nosso ver, porém, tal interpretação não se pauta pela melhor técnica. Se a ideia é impedir o fornecedor de alegar a nulidade da instituição da arbitragem por ele mesmo imposta, basta lembrar da clássica classificação das nulidades em absolutas e relativas (AMARAL, 2008, p. 532), sendo essa uma clara nulidade relativa, faltando ao fornecedor legitimidade para alegá-la, inclusive por força da boa-fé objetiva, notadamente do seu conceito parcelar do *tu quoque*, espécie de vedação a comportamentos contraditórios.

¹⁰ De fato, “se ficar comprovada a paridade de armas, em contrato simétrico, no qual livremente e de forma consciente (inclusive por vezes bem assessorado) o consumidor firmou cláusula compromissória (cabendo a prova à empresa), será possível admitir a arbitragem”.



O conceito em comento importa para o âmbito da legislação consumerista; é oportuno analisar qual é a consequência de estar-se diante de um consumidor hipersuficiente. De proêmio, importa entender que apenas o consumidor pessoa física pode ser enquadrado em tal conceito. Questiona-se o motivo. Responde-se de forma simples, porque diante do finalismo aprofundado, para uma pessoa jurídica ser enquadrada como consumidora, a sua vulnerabilidade deve ser constatada em concreto e, como explicado, tal vulnerabilidade é logicamente anterior à análise da sua suficiência. Vale dizer, uma pessoa jurídica constatada como vulnerável em concreto nunca poderia ser considerada, em um segundo momento, hipersuficiente. A pessoa física, ao contrário, por ser beneficiada com uma presunção absoluta de vulnerabilidade, pode ser vulnerável e hipossuficiente ou vulnerável e hipersuficiente.

Questiona-se quem seria o consumidor hipersuficiente. Primordialmente e, em termos práticos, o ponto fundamental da hipersuficiência está no aspecto econômico-financeiro – por meio do qual as demais espécies de hipossuficiência poderiam ser facilmente supridas, ainda que pela contratação de profissionais especializados. Logo, hipersuficiente é, basicamente, o consumidor pessoa física com grande capacidade financeira, salvo algum caso concreto extremamente peculiar.

Ao tratar de pessoa física, ainda que hipersuficiente, ela não deixa de ser consumidora¹¹. O que muda? Ora, essa condição é incompatível com a existência de uma vulnerabilidade qualificada (hipossuficiência), seja analisada no aspecto processual, seja no material. Assim sendo, não há que se falar em inversão *ope judicis* do ônus da prova, nem mesmo em eventual abusividade de uma cláusula contratual bilateral, estabelecida pela voluntariedade das partes, como a convenção de arbitragem, seja por meio do compromisso arbitral, seja por meio da pactuação da cláusula compromissória.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante dessas considerações, é irrefutável o valor fundamental do princípio da vulnerabilidade para a criação e aplicação do microssistema protetivo do consumidor. Tal princípio, contudo, não pode ser utilizado como uma verdadeira panaceia, sob

¹¹ Como, aliás, já decidiu recentemente o próprio Superior Tribunal de Justiça (STJ, REsp n. 2.049.516-MS, 3^a Turma, j. 20-06-2023, rel. Min. Nancy Andrighi).



pena de desequilibrar a balança em prol do consumidor. É necessário, sempre, ater-se à função fundamental e à razão de ser desse princípio: o equilíbrio de desigualdades. A tônica é neutralizar essas desigualdades e não favorecer ou privilegiar uma parte em prejuízo à outra.

Não é sem motivo que o CDC dispõe como princípio da Política Nacional das Relações de Consumo a “harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico” (art. 4º., inciso III). A rigor, tal princípio é verdadeira corporificação do postulado normativo da proibição de excesso¹²; evita-se não só o desvirtuamento da vulnerabilidade como também a supressão dos direitos fundamentais dos fornecedores.

E como fazer essa harmonização? Se a vulnerabilidade do consumidor é presumida, como decorrência da posição que ocupa na cadeia produtiva das relações de consumo, a única saída que resta ao intérprete e aplicador do Direito é utilizar a suficiência (hipo ou híper) como fiel da balança. Se o valor acobertado pelo princípio da vulnerabilidade é, em última análise, a igualdade, não é possível abandoná-lo sem despir o respectivo princípio de normatividade, incidindo no vício da pamprincipiologia.

Vale dizer, para atingir a simetria almejada, é imprescindível a análise concreta e casuística das capacidades do consumidor. Afinal, a justiça, em essência, nada mais é do que equidade.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Francisco. Direito civil: introdução. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*, trad. Leonel Vallandro e Gerd Bornheim, 4. ed. São Paulo: Nova Cultural, 1991.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

¹² “[...] a proibição de excesso proíbe que a aplicação de uma regra ou de um princípio restrinja de tal forma um direito fundamental que termine lhe retirando seu mínimo de eficácia” (ÁVILA, 2009, p. 181).



BENJAMIN, Antônio H. V. et al. **Manual de Direito do Consumidor**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. 10. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1999.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 2 out. 2024.

BRASIL. **Lei nº. 5.452, de 1 de maio de 1943**. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: Acesso em: 2 out. 2024.

BRASIL. **Lei nº. 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm. Acesso em: 2 out. 2024.

BRASIL. **Lei nº. 9.307, de 23 de setembro de 1996**. Dispõe sobre a arbitragem. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9307.htm. Acesso em: 2 out. 2024.

CAHALI, Francisco José. **Curso de arbitragem**. 9. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022.

CAHALI, Francisco José; RODOVALHO, Thiago. In: RIBEIRO, Ana Cecília Rosário et al. **Os princípios e os institutos de direito civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Direito do Consumidor**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho; BICALHO, Guilherme Pereira Dolabella. Do positivismo ao pós-positivismo jurídico: o atual paradigma jusfilosófico constitucional. **Revista de Informação Legislativa**, a. 48, n. 189, jan./mar. 2011, p. 10. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/242864/000910796.pdf>. Acesso em: 10 out. 2024.

FERRAZ JR. Tércio. **Introdução ao Estudo do Direito**: técnica, decisão, dominação. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

GRINOVER, Ada P. et al. **Código de Defesa do Consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

LARAIA, Ricardo Regis. **A dupla face do princípio da legalidade**. Tese de doutorado. Universidade Pontifícia Católica de São Paulo, 2008. Disponível em:





<https://tede.pucsp.br/bitstream/handle/8232/1/Ricardo%20Regis%20Laraia.pdf>.
Acesso em: 20 out. 2024

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: critérios para a sua aplicação. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

MELLO, Celso A B. de. **O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. **Da boa fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 2017.

MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MIRAGEM, Bruno. Princípio da vulnerabilidade: perspectiva atual e funções no direito do consumidor contemporâneo. In: MIRAGEM, Bruno *et al.* **Direito do Consumidor: 30 anos do CDC**. São Paulo: Forense, 2020.

NERY, Rosa M. de A., **Introdução ao pensamento jurídico e à teoria geral do direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

RODOVALHO, Thiago. CPC perdeu chance de colocar Brasil na vanguarda em processos com arbitragem. **Revista Consultor Jurídico**, 15 de maio de 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-mai-15/thiago-rodovalho-cpc-perdeu-chance-avancar-arbitragem-brasileira/>. Acesso em: 5 out. 2024.

RÓNAI, Paulo. **Dicionário Universal Nova Fronteira de Citações**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1985.

SILVA, Virgílio A. da. **Direitos Fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

STRECK, Lenio L. O pamprincipiologismo e a flambagem do Direito. **Revista Consultor Jurídico**, out. 2013. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2013-out-10/senso-incomum-pamprincipiologismo-flambagem-direito>.

